

JOR 2009/246

Hoge Raad

26 juni 2009, 07/11791; LJN BH9284.

(Mr. Beukenhorst

Mr. Van Buchem-Spapens

Mr. Van Schendel

Mr. Bakels

Mr. Asser)

(Concl. Mr. A-G Wuisman)

L.G. Wiggers te Sneek,

eiser tot cassatie,

advocaat: mr. E. Grabandt,

tegen

Makelaardij Sneek BV te Sneek,

verweerster in cassatie,

advocaten: mrs. C.M. Reijnen en B.T.M.

van der Wiel.

Opdracht aan makelaar tot bemiddeling bij verkoop onroerende zaak houdt geen volmacht in tot sluiten koopovereenkomst, Geen schadeplichtigheid ex art. 3:70 BW, nu wederpartij niet mocht afleiden dat makelaar als gevolmachtigde handelde, Geen onrechtmatige daad makelaar omdat niet is gehandeld in naam van opdrachtgever, Verwijzing naar HR 9 augustus 2002, NJ 2002, 543 en HR 31 januari 1997, «JOR» 1997/47, m.nt. SCJJK

[BW Boek 3 - 70; BW Boek 6 - 162]

» Samenvatting

Het antwoord op de vraag of met elkaar onderhandelende partijen een overeenkomst hebben gesloten, is ervan afhankelijk wat zij jegens elkaar hebben verklaard, en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden. Tot de omstandigheden die in dit verband in aanmerking moeten worden genomen behoort de voor de wederpartij kenbare hoedanigheid en de context waarin partijen optraden. De opdracht aan een makelaar tot bemiddeling bij de verkoop van een

onroerende zaak houdt geen volmacht in aan die makelaar tot het sluiten van een koopovereenkomst; daarmee wordt evenmin de schijn van bevoegdheid van de makelaar gewekt (HR 9 augustus 2002, NJ 2002, 543). Met het voorgaande strookt dat de enkele omstandigheid dat een makelaar die is ingeschakeld bij de verkoop van een onroerende zaak, aan een gegadigde die een bod op die zaak heeft gedaan, mededeelt dat de opdrachtgever instemt met het bod, niet meebrengt dat de wederpartij (bieder) daaruit mag afleiden dat de makelaar als gevolmachtigde van die opdrachtgever handelt. Als uitgangspunt moet worden aanvaard dat de wederpartij in een zodanig geval dient aan te nemen dat de makelaar optreedt als bode van zijn opdrachtgever. Wanneer de makelaar, hoewel daartoe niet bevoegd, zich zodanig gedraagt dat de wederpartij (bieder) daaruit mag afleiden dat de makelaar als gevolmachtigde van de opdrachtgever handelt, bindt hij zijn opdrachtgever in beginsel niet en wordt hij tegenover de wederpartij schadeplichtig op de voet van art. 3:70 BW. In het handelsverkeer moet men immers erop kunnen rekenen dat iemand die een kwaliteit opgeeft, deze bezit. Gelet op het hiervoor vermelde uitgangspunt is er in beginsel echter geen grond voor toepasselijkheid van art. 3:70 BW in het onderhavige geval. Dat zou slechts anders zijn in het geval van bijzondere, door eiser tot cassatie te stellen en zo nodig te bewijzen, omstandigheden op grond waarvan deze heeft aangenomen, en mocht aannemen, dat verweerster in cassatie niet als bode, maar als gevolmachtigde handelde.

De subsidiaire grondslag van de vordering is door eiser tot cassatie toegelicht met een verwijzing naar het arrest HR 31 januari 1997, «JOR» 1997/47, m.nt. SCJJK (De Globe/Groningen). In dit arrest is geoordeeld dat onbevoegd handelen in naam van een ander slechts als onrechtmatig kan worden aangemerkt indien het geschiedt op een wijze of

gepaard gaat met omstandigheden, waaruit voortvloeit dat het optreden van de onbevoegd vertegenwoordiger in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Uit het vorenoverwogene volgt echter dat in dit geding niet kan worden aangenomen dat verweerster in cassatie heeft gehandeld in naam van haar opdrachtgever Weissenbach. Het hof had daarom ook de subsidiaire grondslag van de vordering slechts kunnen verwerpen.

» Uitspraak

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Wuisman)

1. Feiten en procesverloop

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan: [\[noot:1\]](#)

i. De gebroeders O. Weissenbach en H. Weissenbach (hierna: Weissenbach c.s.) hebben op 9 januari 2003 aan Makelaardij Sneek B.V. (hierna: Makelaardij Sneek) een opdracht verstrekt tot het verlenen van diensten bij de verkoop van het hen in gemeenschappelijk eigendom toebehorende pand aan het Kleinzand 5-7 te Sneek.

[\[noot:2\]](#) De opdracht is vastgelegd in een formulier van de Nederlandse Vereniging van Makelaars. De in het formulier voorkomende bepaling dat de makelaar namens de opdrachtgevers gevolmachtigd is om tegen een bepaalde minimumprijs een koopovereenkomst op gebruikelijke voorwaarden te sluiten, is doorgehaald. Beide broers hebben het formulier ondertekend.

ii. Wiggers – eigenaar van vier beleggingspanden die door hem worden verhuurd, en actief op het vlak van de aan- en verkoop van onroerende zaken en het beleggen daarin – heeft als belangstellende het pand eind juli 2003 bezichtigd in aanwezigheid van W. van Netten – destijds

als makelaar werkzaam bij Makelaardij Sneek – en O. Weissenbach.

iii. Op 18 augustus 2003 heeft Wiggers aan Van Netten een bod van € 305.000,= op het pand uitgebracht. Van Netten heeft Wiggers teruggebeld met de mededeling dat dit bod niet geaccepteerd werd.

iv. Op 22 augustus 2003 heeft Wiggers nogmaals aan Van Netten een bod gedaan, ditmaal van € 315.000,=. Van Netten heeft in verband hiermee telefonisch contact gehad met de echtgenote van O. Weissenbach en aan haar het door Wiggers gedane bod doorgegeven. Van Netten heeft over het bod geen contact opgenomen met H. Weissenbach. Dezelfde dag nog heeft voornoemde echtgenote van O. Weissenbach telefonisch aan Van Netten doorgegeven dat ingestemd werd met het bod. Van Netten heeft Wiggers vervolgens teruggebeld en aan deze meegedeeld dat met het tweede bod werd ingestemd. Van Netten heeft Wiggers toen gefeliciteerd met de aankoop en aan Wiggers gevraagd of hij er blij mee was. Wiggers en Van Netten hebben voorts afgesproken dat de koopovereenkomst op 29 augustus 2003 om 17.00 uur ten kantore van Makelaardij Sneek getekend zou worden.

v. Door Makelaardij Sneek is nadien een koopakte opgesteld, die op 27 augustus 2003 aan zowel Wiggers als aan Weissenbach c.s. is gezonden. In die koopakte is onder meer vermeld dat verkopers en koper op 22 augustus 2003 een koopovereenkomst hebben gesloten betreffende voormeld pand tegen een koopprijs van € 315.000,=.

vi. Wiggers is op 29 augustus 2003 om 17.00 uur verschenen bij Makelaardij Sneek, maar Weissenbach c.s. zijn toen niet komen opdagen; telefonisch werd doorgegeven dat Weissenbach c.s. niet bereid waren de koopakte te ondertekenen.

vii. Wiggers heeft tegen Weissenbach c.s. vervolgens een kortgedingprocedure aangespannen. De voorzieningenrechter heeft op 20 oktober 2003 zijn op nakoming van de koopovereenkomst gerichte vordering afgewezen.

viii. Wiggers heeft Makelaardij Sneek op 20 oktober 2003 schriftelijk aansprakelijk gesteld voor de door hem geleden en nog te lijden schade. Makelaardij Sneek heeft geen aansprakelijkheid erkend.

1.2. Bij dagvaarding van 19 maart 2004 heeft Wiggers bij de rechtbank Leeuwarden een procedure tegen Makelaardij Sneek aanhangig gemaakt en een veroordeling van haar tot betaling van schadevergoeding gevorderd. Deze vordering heeft hij primair gebaseerd op artikel 3:70 BW, welk artikel aansprakelijkheid meebrengt voor schade uit handelen als gevolmachtigde waarvoor de bevoegdheid blijkt te ontbreken.

Daarvan is in casu sprake, omdat Makelaardij Sneek op 22 augustus 2003 namens Weissenbach c.s. aan Wiggers heeft meegedeeld dat het bod van € 315.000,- was aanvaard, terwijl zij daartoe niet door H. Weissenbach was gevolmachtigd (par. 12-13 dagvaarding). Subsidiair baseert Wiggers de schadevordering op artikel 6:162 BW. Makelaardij Sneek heeft, zo betoogt hij, jegens hem onrechtmatig gehandeld. Makelaardij Sneek had nl. alvorens het bod van Wiggers namens Weissenbach c.s. te aanvaarden zich ervan moeten vergewissen of de volmacht was gegeven door beide broers Weissenbach om namens hen rechtsgeldig de koopovereenkomst te kunnen sluiten en heeft door dat na te laten niet de in het maatschappelijke verkeer jegens een ander te betrachten zorg in acht genomen (par. 14-16 dagvaarding).

Makelaardij Sneek heeft de vordering gemotiveerd bestreden.

1.3. De rechtbank stelt voorop dat het uit naam van Weissenbach c.s. meedelen –

(mede in bewoordingen van de strekking dat het huis aan hem verkocht was) –, dat met het bod van 22 augustus 2003 werd ingestemd, is te beschouwen als het uit hun naam verrichten van de rechtshandeling van aanvaarding van een aanbod en daarmee als een daad van vertegenwoordiging, waarvoor Makelaardij Sneek een volmacht nodig had. De rechtbank neemt vervolgens bij vermoeden aan, dat Makelaardij Sneek geen toereikende volmacht had om het bod van Wiggers namens Weissenbach c.s. te aanvaarden. Zij laat haar in haar tussenvonnis d.d. 20 oktober 2004 toe tot bewijs tegen het vermoeden. Na gehouden getuigenverhoren heeft de rechtbank bij eindvonnis van 1 februari 2006 geoordeeld dat de verklaringen van de getuigen niet voldoende afbreuk doen aan de voorshands bewezen geachte stelling van Wiggers dat Makelaardij Sneek geen toereikende volmacht had om het bod van Wiggers namens Weissenbach c.s. te aanvaarden en dat Makelaardij Sneek op grond van artikel 3:70 BW aansprakelijk is voor de door Wiggers geleden schade ten bedrage van € 126.110,40 vermeerderd met wettelijke rente.

1.4. Makelaardij Sneek is van deze vonnissen bij het hof Leeuwarden in appel gekomen en heeft vervolgens vier grieven aangevoerd. De eerste grief richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat Makelaardij Sneek, door in de persoon van Van Netten op 22 augustus 2003 Wiggers in kennis te stellen van de instemming van Weissenbach c.s. met het bod van 22 augustus 2003, een rechtshandeling uit hun naam heeft verricht, waarvoor hij een volmacht van Weissenbach c.s. behoefde. Makelaardij Sneek erkent dat zij geen volmacht had, maar betwist dat zij zich jegens Wiggers als pseudo-gevolmachtigde heeft gedragen. Volgens haar heeft zij in haar hoedanigheid van bemiddelaar slechts mededelingen doorgegeven van verkoper aan koper en omgekeerd. Wiggers handhaaft zijn standpunt dat Makelaardij

Sneek op grond van artikel 3:70 BW aansprakelijk is.

1.5. In zijn arrest van 20 juni 2007 komt het hof tot het oordeel dat de eerste grief doel treft. Na in rov. 5 voorop te hebben gesteld dat volgens vaste rechtspraak een opdracht aan een makelaar tot bemiddeling geen volmacht aan die makelaar tot het sluiten van een overeenkomst inhoudt en dat daarmee ook geen schijn van bevoegdheid wordt opgewekt, overweegt het hof in de rov. 6 en 7 onder meer: “Wiggers heeft uit bedoelde mededeling niet meer kunnen of mogen afleiden dan dat Makelaardij Sneek van zijn opdrachtgevers te horen had gekregen dat het bod werd geaccepteerd. De namens Makelaardij Sneek gedane felicitatie en het opvragen van gegevens voor het opmaken van de koopakte maken dat niet anders. Nu voor het overige geen feiten of omstandigheden zijn gesteld of gebleken die zouden kunnen leiden tot de conclusie dat Makelaardij Sneek de schijn heeft gewekt dat zij door haar opdrachtgevers gemachtigd was om de koop te sluiten, is niet komen vast te staan dat Makelaardij Sneek als pseudo-gevolmachtigde heeft gehandeld.” Het hof vernietigt de vonnissen d.d. 20 oktober 2004 en 1 februari 2006 van de rechtbank en wijst de schadevergoedingsvordering van Wiggers af.

1.6. Wiggers komt tijdig van ’s hofs arrest in cassatie. Makelaardij Sneek concludeert voor antwoord tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunten in cassatie schriftelijk doen toelichten.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Wiggers draagt een uit vier onderdelen bestaand cassatiemiddel voor. De onderdelen 1 t/m 3 keren zich tegen het oordeel van het hof, kort gezegd, dat er geen sprake is geweest van een optreden van Makelaardij Sneek als gevolmachtigde

in de zin van artikel 3:70 BW, terwijl onderdeel 4 de klacht bevat dat het hof, gelet op de positieve zijde van de devolutieve werking van het appel, ten onrechte heeft nagelaten de aansprakelijkheid van Makelaardij Sneek uit artikel 6:162 BW te onderzoeken.

Inleidende opmerkingen

2.2. Er staan in de onderhavige zaak tegenover elkaar twee visies op het optreden van Makelaardij Sneek (Van Netten) op 22 augustus 2003 in het kader van het tot stand brengen van een koopovereenkomst tussen Weissenbach c.s. enerzijds en Wiggers anderzijds. De ene visie, verdedigd door Wiggers en overgenomen door de rechtbank, houdt in dat het mededelen door Makelaardij Sneek dat met het bod van € 315.000,= werd ingestemd, door Wiggers opgevat mocht worden als een handelen als gevolmachtigde, dus als handelen krachtens een volmacht. De andere visie, aangehangen door Makelaardij Sneek en aanvaard door het hof, komt hierop neer dat Wiggers genoemde mededeling van Makelaardij Sneek niet anders heeft mogen verstaan dan als een doorgeven van een standpunt van Weissenbach c.s. ten aanzien van het bod van € 315.000,= van Wiggers.

2.3. De twee visies sluiten aan bij een onderscheid dat wel wordt gemaakt bij het verrichten van rechtshandelingen met de hulp van een tussenpersoon. Het onderscheid betreft het optreden van de tussenpersoon als “vertegenwoordiger” en het optreden van de tussenpersoon als “bode”. In het geval van een vertegenwoordiger verricht deze, zo zegt men, de rechtshandeling zelf maar dan uit naam van een ander (hierna: de principaal). Indien dit op basis van een toereikende bevoegdheid of schijn van bevoegdheid geschiedt, dan worden de rechtsgevolgen van de rechtshandeling van de vertegenwoordiger aan de principaal toegerekend. In het geval van een bode

verricht degene, voor wie de bode optreedt (hierna: de opdrachtgever), de rechtshandeling zelf en doet de bode niet meer dan, zoals in artikel 3:33 BW voor een rechtshandeling vereist, het openbaren van de wil van diens opdrachtgever door het overbrengen van een verklaring. [\[noot:3\]](#) De twee genoemde gevallen doen niet alleen de vraag rijzen wanneer in de praktijk tot de aanwezigheid van het ene dan wel van het andere geval kan worden geconcludeerd, maar ook in hoeverre deze twee gevallen rechtens verschillend behandeld dienen te worden, meer in het bijzonder wanneer de vertegenwoordiger en de bode naar een derde iets uitdragen waartoe zij niet de bevoegdheid van de principaal respectievelijk de machtiging van de opdrachtgever hebben verkregen. Voor de onderhavige zaak is vooral van belang wat in beide gevallen de verhouding is tussen de onbevoegd handelende tussenpersoon en de derde, tot wie de tussenpersoon zich heeft gericht.

2.4. Genoemd onderscheid van vertegenwoordiger en bode kan niet bogen op een ruime aandacht in de literatuur. Met de navolgende citaten wordt niet meer beoogd dan het weergeven van enkele geuite gedachten, voor zover te dezen van belang. Geciteerd wordt uit schriftuur van in voetnoot 3 genoemde auteurs.

– S.C.J.J. Kortmann, t.a.p., blz. 24:

“In de praktijk is het niet steeds eenvoudig vast te stellen of iemand als vertegenwoordiger dan wel als bode heeft gehandeld. De vaststelling zal onzes inziens moeten plaatsvinden aan de hand van art. 3:33 en 35. In de regel zal beslissend zijn wat de wederpartij omtrent de hoedanigheid waarin de tussenpersoon is opgetreden, heeft aangenomen en heeft mogen aannemen, als ook wat deze tussenpersoon zijnerzijds omtrent de voorstelling van de wederpartij dienaangaande heeft aangenomen en

mogen aannemen. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 256 e.v.

(...)

Indien ‘de bode’ zelf voor zijn opdrachtgever spreekt, zouden wij willen aannemen dat hij vertegenwoordigend handelt. Gesteld is wel, met name in de Duitse literatuur, dat degene die als spreker de wilsverklaring van zijn opdrachtgever overbrengt, niet als vertegenwoordiger zou gelden. (...) Wij verwerpen dit. Wie namens een ander een wilsverklaring aflegt, handelt als vertegenwoordiger. Vertegenwoordigend is de verklaring ook, indien de vertegenwoordiger geen vrijheid is gelaten en de verklaring door de opdrachtgever is geformuleerd.”

– A.C. van Schaick, t.a.p., blz. 16/17:

“Het theoretische verschil tussen de gevolmachtigde en de bode is groot, maar in de praktijk kan het moeilijk zijn om (achteraf) uit te maken in welke hoedanigheid de tussenpersoon heeft gehandeld. De volmacht zal gewoonlijk immers ook instructies aan de gevolmachtigde inhouden, en in zoverre de beslissingsvrijheid van de tussenpersoon beperken. Niet ondenkbaar is dat de instructies zo strikt zijn, dat van een werkelijke beslissingsvrijheid van de tussenpersoon geen sprake meer is.

Het ligt voor de hand dat het antwoord op de vraag of de tussenpersoon heeft gehandeld als gevolmachtigde of als bode, niet afhankelijk is van de bedoeling van de achterman, maar (opnieuw) van wat partijen jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkanders verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden (HR 11 maart 1977, NJ 1977, 521 in zake Stolte/Schiphoff), waarbij de indruk van de wederpartij doorslaggevend is (...).”

– H.C.F. Schoordijk, t.a.p., blz. 115:

“In de praktijk is het, tenzij men aan een tussenpersoon een schrijven meegeeft, veelal ondoenlijk uit te maken, of iemand vertegenwoordiger dan wel bode is. Rechtens dienen wij hier consequenties aan te verbinden. Mij wil het voorkomen dat veel bepalingen uit de vertegenwoordigingstitel analogisch kunnen worden toegepast. Zo zou – als wij iemand als bode aanmerken – als regel hebben te gelden, dat analoog aan artikel 3.3.9 [\[noot:4\]](#) een bode tegenover de derde er voor heeft in te staan, dat hij bevoegd is als bode op te treden.”

– E.M.Meijers, t.a.p., blz. 177 en 178:

“De heerschende opvatting bij ons maakt een principieel onderscheid tussen de fout, die door een overbrenger van een bericht gemaakt wordt en de fout van de vertegenwoordiger, die de grenzen van zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid overschrijdt. Zij volgt daarmee de Duitse leer. (...) Telkens wanneer men in twijfelgevallen het criterium [\[noot:5\]](#) zal willen toepassen, zal men de ondeugdelijkheid opmerken, omdat geen verschil is te vinden. Is de advocaat, die namens zijn cliënt een bemiddelingsvoorstel doet, bode of vertegenwoordiger? Vertegenwoordiger zegt men bij iemand van de positie van den advocaat. En toch kan het voorstel geheel door den cliënt zijn opgesteld en den advocaat niet de bevoegdheid om daarin wijziging te brengen, gegeven zijn, zoodat zijn rol geheel van die van boodschapper is. Waarom ook de deurwaarder, die exploiteert, de procureur dien niet tevens advocaat is, als vertegenwoordiger aangemerkt? Zij zijn niet dan officiële overbrengers van verklaringen.”

2.5. In bovenstaande citaten komt vooral naar voren dat het moeilijk kan zijn om in gevallen, waarin een tussenpersoon met een van hem zelf afkomstige verklaring de op een rechtsgevolg gerichte wil van een ander kenbaar maakt, uit te maken in welke

hoedanigheid de tussenpersoon is opgetreden, als ook dat er geen goede rechtvaardiging voor handen is om bij onbevoegd handelen de aard en omvang van de aansprakelijkheid jegens een derde verschillend te doen zijn naar gelang de tussenpersoon als vertegenwoordiger dan wel als bode is opgetreden. Ook voor deze laatste zou een verplichting om in te staan voor zijn bevoegdheid op zijn plaats zijn.

Dit laatste kan men bereiken door de zinsnede in artikel 3:70 BW: “Hij die als gevolmachtigde handelt”, aldus uit te leggen dat daaronder in het algemeen valt de tussenpersoon die met een van hem zelf afkomstige verklaring de op een rechtsgevolg gerichte wil van een achterman bekend maakt. Een heel grote stap is dit welbeschouwd niet. De stap past bij de ratio achter artikel 3:70 BW. Die ratio is het beschermen van het handelsverkeer: “De handel moet er op kunnen rekenen dat iemand, die een kwaliteit opgeeft, deze ook bezit.” [\[noot:6\]](#) Dit laatste gaat evenzeer op voor degene die te kennen geeft bevoegd te zijn met een eigen verklaring de wil van een ander kenbaar te maken. Verder kan blijkens artikel 3:60 lid 2 BW onder handelen krachtens volmacht ook het uit naam van een ander in ontvangst nemen van een verklaring vallen. Daarbij gaat het om verklaringen, die verband houden met het bewerkstelligen van een rechtsgevolg, zoals een opzegging, vernietiging of een aanvaarding. [\[noot:7\]](#) Tot het opnemen van deze bepaling in artikel 3:60 BW is besloten om de onzekerheid op te heffen die er bestaat omtrent de vraag of het in ontvangst nemen van een verklaring wel als een rechtshandeling kan worden beschouwd. [\[noot:8\]](#) Het valt niet goed in te zien waarom het uit naam van een ander in ontvangst nemen van een verklaring als hiervoor bedoeld als een handelen als gevolmachtigde kan worden opgevat en het uit naam van een ander afleggen van zo’n verklaring niet. Een en ander spoort met de hierboven vermelde gedachte van

Kortmann dat wie sprekend namens een ander een wilsverklaring aflegt, handelt als vertegenwoordiger.

2.6. Indien de hiervoor geopperde uitleg van artikel 3:70 BW als een stap te ver wordt beschouwd, dan zal de toepasselijkheid van dat artikel in het geval dat een tussenpersoon met een eigen verklaring aangeeft wat een ander wil, hiervan afhangen of die handeling toch als een op basis van een volmacht verrichte rechtshandeling kan worden beschouwd. In dit verband is, voor zover de tussenpersoon een makelaar is die krachtens een bemiddelingsovereenkomst in de zin van artikel 7:425 BW optreedt, het volgende van belang. Een dergelijke overeenkomst houdt in tegenstelling tot de overeenkomst van lastgeving als bedoeld in artikel 7:414 BW naar zijn aard niet een volmacht voor de bemiddelaar in om voor zijn principaal een overeenkomst tot stand te brengen. Uit het enkele feit van het afgesloten zijn van een bemiddelingsovereenkomst zal dan ook geen schijn van verlening van volmacht kunnen worden afgeleid. [\[noot:9\]](#) Dit sluit echter niet uit dat ook een bemiddelingsovereenkomst een volmacht kan bevatten [\[noot:10\]](#) of dat een volmacht van algemene aard of met betrekking tot een specifieke handeling naderhand alsnog aan de makelaar kan worden verleend. [\[noot:11\]](#) Of die situatie zich voordoet, dient, voor zover het gaat om de toepasselijkheid van artikel 3:70 BW, te worden vastgesteld aan de hand van wat diens wederpartij in het licht van de omstandigheden van het betrokken geval, in redelijkheid uit de verklaringen en gedragingen van de makelaar heeft mogen afleiden. [\[noot:12\]](#) Dat oordeel zal, cassatietechnisch gesproken, als regel een nogal feitelijk karakter dragen en daardoor als regel in cassatie slechts beperkt toetsbaar zijn. De vatbaarheid voor cassatie zal veelal hiervan afhangen of het betrokken oordeel voldoende is gemotiveerd. Wel geeft de hierboven vermelde ratio achter artikel 3:70 BW

aanleiding om de derde het voordeel van de twijfel te geven.

2.7. Naast artikel 3:70 BW kan ook artikel 6:162 BW fungeren als grondslag voor aansprakelijkheid van de onbevoegd handelende tussenpersoon jegens de derde tot wie de tussenpersoon zich heeft gericht. Hierbij geldt dat het enkele feit dat gehandeld is zonder toereikende volmacht of machtiging, nog niet een onrechtmatig handelen oplevert. Wel zal het weten althans het behoren te weten dat de volmacht of machtiging niet toereikend was, als regel als bijkomende omstandigheid voldoende zijn voor het aanvaarden van aansprakelijkheid.

[\[noot:13\]](#)

Onderdelen 1 t/m 3

2.8. De klachten in de onderdelen 1 t/m 3 zijn zodanig met elkaar verweven dat zij zich voor een gemeenschappelijke bespreking lenen. Daarbij verdient nog aantekening dat aan het begin van onderdeel 1 de algemene klacht is opgenomen: “’s Hofs in de r.o. 5 t/m 7 gegeven beslissing is onjuist, althans onbegrijpelijk en niet naar de eisen van de wet met redenen omkleed.” In de drie onderdelen wordt deze klacht verder uitgewerkt. Hierna zullen de klachten besproken worden eerst op de voet van de hiervoor in 2.5 bepleite uitleg van het vereiste van “handelen als gevolmachtigde” in artikel 3:70 BW (zie hierna in 2.9 en 2.10), daarna met als vertrekpunt dat in artikel 3:70 BW onder “handelen als gevolmachtigde” niet zonder meer is te begrijpen het afleggen van een eigen verklaring door een tussenpersoon tegenover een derde ten einde daarmee aan die derde een op rechtsgevolg gerichte wil van een ander bekend te maken (zie hierna in 2.11 en 2.12).

2.9. Het hof komt in rov. 7 tot de slotsom dat niet is komen vast te staan dat Makelaardij Sneek als pseudo-

gevolmachtigde heeft gehandeld. Die slotsom stoelt mede hierop dat Wiggers, in het licht van de vaste rechtspraak dat een opdracht aan een makelaar geen volmacht aan die makelaar tot het sluiten van een koopovereenkomst inhoudt, uit de mededeling op 22 augustus 2003 niet heeft mogen afleiden dat Makelaardij Sneek gemachtigd was namens Weissenbach c.s. een koopovereenkomst af te sluiten. Hij had uit die mededeling niet meer kunnen en mogen afleiden dan dat Makelaardij Sneek van haar opdrachtgevers te horen had gekregen dat zijn aanbod (van € 315.000,=) werd geaccepteerd.

2.10. Het hof gaat er blijkbaar van uit dat het meedelen door Makelaardij Sneek (in de persoon van Van Netten) op 22 augustus 2003 dat Weissenbach c.s. instemden met het bod van € 315.000,=, geen rechtshandeling vormt en derhalve rechtens niet kan gelden als een handelen als gevolmachtigde in de zin van artikel 3:70 BW. Bij de hierboven in 2.5 bepleite uitleg van artikel 3:70 BW is de zojuist vermelde oordeelsvorming van het hof onjuist. Uit de door het hof gereleveerde omstandigheden dat Makelaardij Sneek, aansluitend op de mededeling dat het bod is aanvaard, Wiggers met de aankoop heeft gefeliciteerd en zij ook gegevens voor het opmaken van de koopakte heeft opgevraagd, kan worden afgeleid dat de mededeling geschiedde met het oog op het tot stand brengen van een rechtsgevolg, te weten het doen ontstaan van een (principe)-overeenkomst van koop en verkoop tussen partijen. Dan kan er gesproken worden van een optreden van Makelaardij Sneek dat neerkomt op een als tussenpersoon met een eigen verklaring bekendheid geven aan een op rechtsgevolg gerichte wil van een ander. Om de hierboven vermelde redenen is dat al voldoende om te kunnen concluderen dat voldaan is aan de eis in artikel 3:70 BW van “handelen als gevolmachtigde”. Om die conclusie te kunnen trekken is niet nodig dat de mededeling van Makelaardij Sneek op 22 augustus 2003 aan Wiggers

als een rechtshandeling van haar kan worden gekwalificeerd.

2.11. Hoe ’s hofs oordeelsvorming in de rov. 5 t/m 7 te waarderen, indien het doen van een eigen verklaring door een tussenpersoon om een op rechtsgevolg gerichte wil van een ander niet al als zodanig gerekend kan worden tot het handelen als gevolmachtigde in de zin van artikel 3:70 BW? Om dan tot toepasselijkheid van artikel 3:70 BW te kunnen concluderen, zal moeten komen vaststaan dat Wiggers in redelijkheid heeft mogen aannemen dat Makelaardij Sneek met de mededeling op 22 augustus 2003 zelf een rechtshandeling uit naam of krachtens volmacht van Weissenbach c.s. verrichtte.

2.12. In rov. 3 van zijn bestreden arrest merkt het hof op dat tegen de weergave van de feiten in het tussenvonnis van 20 oktober 2004 geen grief is ontwikkeld, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan. Nadat eerst al melding is gemaakt van een bezichtiging van het pand door Wiggers in aanwezigheid van Makelaardij Sneek en van een eerste biedingsronde via Makelaardij Sneek, wordt in rov. 2.5 van genoemd tussenvonnis onder meer als vaststaand feit vermeld: “Dezelfde dag (22 augustus 2003) heeft voornoemde echtgenote van O. Weissenbach telefonisch aan Van Netten doorgegeven dat ingestemd werd met het bod. Van Netten heeft Wiggers vervolgens teruggebeld en aan deze meegedeeld dat het pand aan hem verkocht was. Van Netten heeft Wiggers toen gefeliciteerd met de aankoop en aan deze ook nog gevraagd of hij er blij mee was. Wiggers en Van Netten hebben voorts toen afgesproken dat de koopovereenkomst op 29 augustus 2003 om 17.00 uur ten kantore van Makelaardij Sneek getekend zou worden.” Tegen deze achtergrond gezien, valt toch niet goed in te zien dat, zoals het hof in rov. 6 overweegt, Wiggers uit bedoelde mededeling niet meer heeft kunnen en mogen afleiden dan dat

Makelaardij Sneek van zijn opdrachtgevers te horen had gekregen dat het bod werd geaccepteerd, waarmee het hof wil zeggen dat Wiggers dus de mededeling niet heeft kunnen opvatten als de tot een (principe)-koopovereenkomst leidende rechtshandeling van aanvaarding van het bod van € 315.000,=, die door Makelaardij Sneek krachtens volmacht (uit naam van Weissenbach c.s.) werd uitgevoerd. Het moge zo zijn dat een met een makelaar gesloten bemiddelingsovereenkomst met betrekking tot de verkoop van een onroerende zaak in de regel niet een volmacht tot het sluiten van een koop/verkoopovereenkomst inhoudt, maar dat laat onverlet dat tijdens de uitvoering van bemiddeling alsnog een volmacht wordt verstrekt voor het verrichten van bepaalde rechtshandelingen, bijvoorbeeld voor de rechtshandeling van aanvaarden van een aanbod. Omdat een makelaar wordt ingeschakeld ook om te bereiken dat de contacten tussen de koper en de verkoper via hem verlopen, is het verstrekken van zo'n specifieke volmacht in de loop van de bemiddeling niet bijzonder te achten. Verder wijzen de omstandigheden als het melden door Van Netten van de instemming met het bod, het feliciteren van Wiggers namens de Makelaardij Sneek met de aankoop en het opvragen van gegevens voor het opmaken van de koopakte, in onderling verband gezien, op een bedoeling om als gevolmachtigde en niet slechts als instrument (bode) een (principe)-koop/verkoopovereenkomst tot stand te brengen. Dit geldt te meer, omdat ten processe niet is gesteld of gebleken van het maken van enig voorbehoud omtrent de bindende werking van de mededeling bij het doen van die mededeling of op enig eerder tijdstip. Ook volgt uit het geheel van de omstandigheden dat Wiggers heeft mogen aannemen, dat Makelaardij Sneek bij het doen van de mededeling niet beoogde uit eigen naam te handelen.

2.13. De bovenstaande beschouwingen, zowel die in 2.9 en 2.10 als die in 2.11 en 2.12, voeren tot de slotsom dat de onderbouwing in de rov. 6 en 7 voor de conclusies in deze laatste rechtsoverweging dat niet is komen vast te staan dat Makelaardij Sneek als pseudo-gevolmachtigde heeft gehandeld en dat derhalve geen sprake kan zijn van aansprakelijkheid van haar op grond van artikel 3:70 BW, in de onderdelen 1 t/m 3 met recht wordt bestreden.

Onderdeel 4

2.14. Treffen de onderdelen 1 t/m 3, zoals hiervoor betoogd, doel dan mist Wiggers belang bij onderdeel 4. Deze heeft immers betrekking op de subsidiair door Wiggers aangevoerde grond voor aansprakelijkheid van Makelaardij Sneek.

2.15. Treffen de onderdelen 1 t/m 3 geen doel, dan wordt op zichzelf terecht geklaagd over een miskennen van de positieve zijde van de devolutieve werking van het appel. In het gegrond bevinden van grief 1 had het hof aanleiding moeten vinden om de bij de rechtbank onbehandeld gebleven subsidiaire grondslag voor aansprakelijkheid van Makelaardij Sneek alsnog te bespreken. Het hof besteedt geen enkel woord aan die grondslag.

2.16. Het geen doel treffen van de onderdelen 1 t/m 3 brengt echter tevens mee, dat aan onderdeel 4 het vereiste belang ontbreekt. De daarin vervatte klacht kan niet tot cassatie leiden, omdat bij ongegrondheid van de onderdelen 1 t/m 3 ervan moet worden uitgegaan dat Wiggers niet heeft mogen aannemen dat Makelaardij op 22 augustus 2003 als gevolmachtigde van Weissenbach c.s. is opgetreden. Bij de subsidiair aangevoerde grondslag van de aansprakelijkheid is dat wel het vertrekpunt.

3. Conclusie

Nu het voorgedragen cassatiemiddel doel treft, strekt de conclusie tot vernietiging van het bestreden arrest.

Hoge Raad

(...; *red.*)

3. *Beoordeling van het middel*

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i. De gebroeders O. en H. Weissenbach (hierna in enkelvoud: Weissenbach) hebben op 9 januari 2003 aan Makelaardij Sneek opdracht gegeven tot het verlenen van diensten bij de verkoop van het hun in gemeenschappelijke eigendom toebehorende pand aan het Kleinzand 5-7 te Sneek. De opdracht is vastgelegd in een formulier van de Nederlandse Vereniging van Makelaars. Beide broers hebben het formulier ondertekend. De daarin voorkomende standaardbepaling dat de makelaar namens de opdrachtgevers is gevolmachtigd tegen een bepaalde minimumprijs een koopovereenkomst op gebruikelijke voorwaarden te sluiten, is doorgehaald.

ii. Wiggers, die eigenaar was van vier verhuurde beleggingspanden, en actief was op het vlak van aan- en verkoop van onroerende zaken en het beleggen daarin, heeft als belangstellende het pand eind juli 2003 bezichtigd in aanwezigheid van W. van Netten – destijds als makelaar werkzaam bij Makelaardij Sneek – en O. Weissenbach.

iii. Op 18 augustus 2003 heeft Wiggers aan Van Netten een bod van € 305.000,= op het pand uitgebracht. Van Netten heeft Wiggers teruggebeld met de mededeling dat dit bod niet werd geaccepteerd.

iv. Op 22 augustus 2003 heeft Wiggers nogmaals aan Van Netten een bod gedaan, ditmaal van € 315.000,=.

Van Netten heeft in verband hiermee telefonisch contact gehad met de vrouw van O. Weissenbach en haar het bod doorgegeven. Van Netten heeft over het bod geen contact opgenomen met H. Weissenbach. Dezelfde dag nog heeft de vrouw van O. Weissenbach telefonisch aan Van Netten doorgegeven dat werd ingestemd met het bod. Van Netten heeft Wiggers vervolgens teruggebeld en aan deze meegedeeld dat met het tweede bod werd ingestemd. Van Netten heeft Wiggers gefeliciteerd met de aankoop en aan Wiggers gevraagd of hij er blij mee was. Wiggers en Van Netten hebben voorts afgesproken dat de koopovereenkomst op 29 augustus 2003 om 17.00 uur ten kantore van Makelaardij Sneek zou worden getekend.

v. Makelaardij Sneek heeft vervolgens een koopakte opgesteld, die op 27 augustus 2003 aan zowel Wiggers als Weissenbach is gezonden. In die koopakte is onder meer vermeld dat verkopers en koper op 22 augustus 2003 een koopovereenkomst hebben gesloten betreffende voormeld pand tegen een koopprijs van € 315.000,=.

vi. Wiggers is op 29 augustus 2003 om 17.00 uur verschenen bij Makelaardij Sneek, maar Weissenbach is niet komen opdagen. Telefonisch werd doorgegeven dat zij niet bereid waren de koopakte te ondertekenen.

vii. Wiggers heeft vervolgens in kort geding gevorderd dat Weissenbach zou worden veroordeeld tot nakoming van de volgens hem gesloten overeenkomst. De voorzieningenrechter heeft deze voorziening geweigerd.

3.2. In dit geding heeft Wiggers gevorderd dat Makelaardij Sneek zou worden veroordeeld tot schadevergoeding. Primair baseerde hij zich op art. 3:70 BW, subsidiair op art. 6:162 BW. Makelaardij Sneek heeft de vordering bestreden en daartoe aangevoerd dat zij niet als

gevolmachtigde heeft gehandeld, maar slechts als bode/“doorgeefluik”.

De rechtbank heeft kort weergegeven geoordeeld dat Makelaardij Sneek (Van Netten), toen zij Wiggers telefonisch meedeelde dat met het tweede bod werd ingestemd, handelde als gevolmachtigde. Zij achtte voorts het vermoeden gerechtvaardigd dat Makelaardij Sneek daartoe geen toereikende volmacht had, en liet laatstgenoemde tot tegenbewijs toe. In haar eindvonnis achtte zij dit tegenbewijs niet geleverd en veroordeelde zij Makelaardij Sneek daarom tot schadevergoeding.

Het hof vernietigde deze vonnissen en wees de vordering alsnog af. Het stelde voorop dat een opdracht aan een makelaar tot bemiddeling bij de verkoop van een pand geen volmacht inhoudt tot het sluiten van een koopovereenkomst, en dat daarmee ook niet de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt gewekt (rov. 5). In dit licht mocht Wiggers uit de door de rechtbank bedoelde mededeling niet afleiden dat Makelaardij Sneek was gemachtigd namens Weissenbach een koopovereenkomst te sluiten. Hij kon en mocht daaruit niet meer afleiden dan dat Makelaardij Sneek van haar opdrachtgevers te horen had gekregen dat het bod werd geaccepteerd. De vervolgens geuite felicitaties en het opvragen van gegevens voor het opmaken van de koopakte maken dat niet anders (rov. 6). Voor het overige zijn geen feiten of omstandigheden gesteld of gebleken die tot de conclusie kunnen leiden dat Makelaardij Sneek de schijn heeft gewekt dat zij door haar opdrachtgevers gemachtigd was de verkoop te sluiten. Daarom is niet komen vast te staan dat Makelaardij Sneek als pseudo-gevolmachtigde heeft gehandeld, zodat van haar aansprakelijkheid op de voet van art. 3:70 geen sprake kan zijn (rov. 7).

3.3.1. Het antwoord op de vraag of met elkaar onderhandelende partijen een overeenkomst hebben gesloten, is ervan afhankelijk wat zij jegens elkaar hebben verklaard, en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden. Tot de omstandigheden die in dit verband in aanmerking moeten worden genomen behoort de voor de wederpartij kenbare hoedanigheid en de context waarin partijen optraden.

3.3.2. De opdracht aan een makelaar tot bemiddeling bij de verkoop van een onroerende zaak houdt geen volmacht in aan die makelaar tot het sluiten van een koopovereenkomst; daarmee wordt evenmin de schijn van bevoegdheid van de makelaar gewekt (HR 9 augustus 2002, nr. C00/283, NJ 2002, 543).

3.4.1. Met het voorgaande strookt dat de enkele omstandigheid dat een makelaar die is ingeschakeld bij de verkoop van een onroerende zaak, aan een gegadigde die een bod op die zaak heeft gedaan, meedeelt dat de opdrachtgever instemt met het bod, niet meebrengt dat de wederpartij (bieder) daaruit mag afleiden dat de makelaar als gevolmachtigde van die opdrachtgever handelt. Als uitgangspunt moet worden aanvaard dat de wederpartij in een zodanig geval dient aan te nemen dat de makelaar optreedt als bode van zijn opdrachtgever.

3.4.2. Wanneer de makelaar, hoewel daartoe niet bevoegd, zich zodanig gedraagt dat de wederpartij (bieder) daaruit mag afleiden dat de makelaar als gevolmachtigde van de opdrachtgever handelt, bindt hij zijn opdrachtgever in beginsel niet en wordt hij tegenover de wederpartij schadeplichtig op de voet van art. 3:70 BW. In het handelsverkeer moet men immers erop kunnen rekenen dat iemand die een kwaliteit opgeeft, deze bezit (vgl. T-M bij art. 3:70, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 283).

3.5. Gelet op het hiervoor in 3.4.1 vermelde uitgangspunt is er in beginsel echter geen grond voor toepasselijkheid van art. 3:70 BW in het onderhavige geval. Dat zou slechts anders zijn in het geval van bijzondere, door Wiggers te stellen en zo nodig te bewijzen, omstandigheden op grond waarvan deze heeft aangenomen, en mocht aannemen, dat Makelaardij Sneek niet als bode, maar als gevolmachtigde handelde.

3.6. Op het vorenoverwogene stuiten de onderdelen 1 en 2 van het middel af.

3.7. Onderdeel 3 houdt in dat het hof heeft miskend dat Makelaardij Sneek, na de voormelde mededeling te hebben gedaan, een schriftelijke koopovereenkomst heeft opgesteld, dat zij deze aan beide partijen heeft toegezonden, en dat in die overeenkomst staat dat partijen de koopovereenkomst op 22 augustus 2003 hebben gesloten.

Het onderdeel faalt. Het hof heeft klaarblijkelijk geoordeeld dat deze omstandigheden niet zijn aan te merken als bijzondere omstandigheden in de hiervoor in 3.5 bedoelde zin. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

3.8. Onderdeel 4 verwijt het hof de devolutieve werking van het appel te hebben miskend door, na de primaire grondslag van de vordering van Wiggers (art. 3:70) ondeugdelijk te hebben bevonden, te hebben verzuimd de subsidiaire grondslag van de vordering te onderzoeken (art. 6:162).

Het onderdeel is op zichzelf gegrond, maar kan niet tot cassatie leiden omdat Wiggers daarbij geen belang heeft. De subsidiaire grondslag van de vordering is in de processtukken in eerste aanleg door Wiggers toegelicht met een verwijzing naar het arrest HR 31 januari 1997, nr. 16211, NJ 1998, 704 («JOR» 1997/47, m.nt.

SCJJK (De Globe/Groningen); *red.*). In dit arrest is geoordeeld dat onbevoegd handelen in naam van een ander slechts als onrechtmatig kan worden aangemerkt indien het geschiedt op een wijze of gepaard gaat met omstandigheden, waaruit voortvloeit dat het optreden van de onbevoegd vertegenwoordiger in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Uit het vorenoverwogene volgt echter dat in dit geding niet kan worden aangenomen dat Makelaardij Sneek heeft gehandeld in naam van haar opdrachtgever Weissenbach. Het hof had daarom ook de subsidiaire grondslag van de vordering slechts kunnen verwerpen.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Wiggers in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

» Noot

Van *vertegenwoordiging* is sprake wanneer een persoon (als vertegenwoordiger) *namens* een ander (de “achterman”) een *rechtshandeling* verricht (bijvoorbeeld een overeenkomst sluit). Het gevolg van vertegenwoordiging is dat niet de handelende persoon, maar de “achterman” aan (de rechtsgevolgen van) de verrichte rechtshandeling wordt gebonden. Voor (rechtsgeldige) vertegenwoordiging is nodig dat aan twee eisen is voldaan: ten eerste moet de handelende persoon zich als vertegenwoordiger hebben gepresenteerd (“vertegenwoordigingskwaliteit”) en ten tweede moet hij ook tot vertegenwoordiging bevoegd zijn (“vertegenwoordigingsbevoegdheid”).

Heeft een in opdracht van de verkoper optredende makelaar die aan een koper meedeelt dat diens bod door de verkoper is aanvaard, daarbij als een

vertegenwoordiger van zijn opdrachtgever te gelden (in die zin dat de verkoper als “achterman” aan een koopovereenkomst wordt gebonden)? In het onderhavige arrest heeft de Hoge Raad op deze in de rechtspraak geregeld aan de orde zijnde vraag een *princiep*eel antwoord gegeven.

De relevante feiten in de onderhavige zaak waren als volgt:

- i. De gebroeders Weissenbach (hierna: “verkopers”) hebben in januari 2003 aan Makelaardij Sneek een opdracht tot bemiddeling bij de verkoop van een aan hen toebehorend pand verstrekt.
- ii. Wiggers, een handelaar in onroerende zaken, heeft het pand in juli 2003 in aanwezigheid van makelaar Van Netten van Makelaardij Sneek bezichtigd.
- iii. Nadat een eerste bod van hem was afgewezen, heeft Wiggers op 22 augustus 2003 een (verhoogd) bod van € 315.000 bij makelaar Van Netten uitgebracht.
- iv. Hierover heeft Van Netten telefonisch contact gehad met de echtgenote van één van de beide broers. Die heeft toen te kennen gegeven dat met het bod werd ingestemd. Met de andere broer heeft de makelaar geen contact gehad.
- v. Makelaar Van Netten heeft vervolgens Wiggers gebeld en aan hem medegedeeld dat met diens bod werd ingestemd. Hij heeft Wiggers gefeliciteerd met de aankoop en met hem afgesproken dat de koopakte op 29 augustus op het kantoor van Makelaardij Sneek door partijen zou worden ondertekend. De verkopers zijn echter op 29 augustus niet komen opdagen en hebben geweigerd om de koopakte te ondertekenen. Zij stelden nimmer met Wiggers’ bod te hebben ingestemd en achtten zich (dus) niet gebonden.

Hierop heeft Wiggers eerst een kort geding tegen de verkopers aangespannen, waarin

hij nakoming van de volgens hem tot stand gekomen koopovereenkomst heeft gevorderd. De voorzieningenrechter heeft deze vordering echter afgewezen.

Vervolgens heeft Wiggers in de onderhavige zaak schadevergoeding van Makelaardij Sneek gevorderd. Deze vordering heeft hij op art. 3:70 BW gebaseerd. Uit artikel 3:70 BW volgt dat degene die zich als vertegenwoordiger presenteert (en daarmee dus “vertegenwoordigingskwaliteit” voorwendt), tegenover de wederpartij heeft in te staan voor de gestelde (vertegenwoordigings)bevoegdheid. Blijkt die bevoegdheid te ontbreken, dan is de “vertegenwoordiger” aansprakelijk voor de schade die de wederpartij daardoor lijdt. Volgens Wiggers heeft (de makelaar van) Makelaardij Sneek tegenover hem als vertegenwoordiger van de verkopers gehandeld: de mededeling (door de makelaar) dat de verkopers met diens bod instemden, moest volgens Wiggers als een *aanvaarding* van zijn aanbod worden beschouwd. Makelaardij Sneek had voor het in naam van de verkopers verrichten van deze rechtshandeling echter (kennelijk) geen volmacht, waardoor sprake was van onbevoegde vertegenwoordiging, aldus Wiggers. Hij was van mening dat deze onbevoegde vertegenwoordiging schadeplichtigheid van Makelaardij Sneek op grond van art. 3:70 BW meebracht.

Makelaardij Sneek heeft erkend dat zij geen volmacht had, maar zij heeft betwist dat haar makelaar Van Netten zich als (pseudo-)vertegenwoordiger heeft gedragen. Volgens haar heeft Van Netten in zijn hoedanigheid van makelaar met het doorgeven aan Wiggers van de van de verkopers afkomstige boodschap slechts als “bode” (of “doorgeefluik”) gehandeld. Volgens Makelaardij Sneek was er dus geen “vertegenwoordigingskwaliteit” geweest.

De rechtbank heeft dit verweer verworpen en de vordering van Wiggers toegewezen. Volgens de rechtbank heeft makelaar Van Netten als gevolmachtigde (van de verkopers) gehandeld toen hij per telefoon aan Wiggers te kennen gaf dat met diens (tweede) bod werd ingestemd. Die mededeling was namelijk te beschouwen als het namens de verkopers verrichten van een rechtshandeling en daarmee als een “daad van vertegenwoordiging”, aldus de rechtbank.

In hoger beroep heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd. Het heeft vooropgesteld dat een bemiddelingsopdracht aan een makelaar geen volmacht inhoudt. Dit uitgangspunt staat niet ter discussie: in de NVM-voorwaarden is immers expliciet bepaald dat de opdracht geen volmacht behelst (Makelaardij Sneek was een bij de NVM aangesloten makelaarskantoor). Het hof was echter van oordeel dat Wiggers uit de mededeling van makelaar Van Netten niet had mogen opmaken dat deze gemachtigd was om namens de verkopers een koopovereenkomst te sluiten. Wiggers kon en mocht uit die mededeling niet méér afleiden dan dat Van Netten van zijn opdrachtgevers te horen had gekregen dat het bod werd geaccepteerd. Hiermee lijkt het hof Makelaardij Sneek te volgen in haar opvatting dat van vertegenwoordigingskwaliteit geen sprake is geweest (waardoor art. 3:70 BW dus buiten toepassing blijft).

In cassatie onderschrijft de Hoge Raad de juistheid van de door het hof gegeven beslissing. De kern van het arrest is gelegen in r.o. 3.4.1: de enkele omstandigheid dat een voor de verkoper optredende makelaar aan een gegadigde meedeelt dat zijn opdrachtgever instemt met een uitgebracht bod, brengt niet mee dat de gegadigde daaruit mag afleiden dat de makelaar als vertegenwoordiger van zijn opdrachtgever handelt. Vervolgens overweegt de Hoge Raad:

“Als uitgangspunt moet worden aanvaard dat de wederpartij in een zodanig geval dient aan te nemen dat de makelaar optreedt als bode van zijn opdrachtgever.”

Kortom: in de regel handelt een makelaar “slechts” als *bode* van zijn opdrachtgever (en dus niet als diens vertegenwoordiger). Dit betekent dat art. 3:70 BW buiten toepassing blijft, omdat aansprakelijkheid op grond van die bepaling slechts kan worden gevestigd indien er wel vertegenwoordigingskwaliteit was, maar vertegenwoordigingsbevoegdheid ontbrak.

Uit r.o. 3.4.2 volgt echter dat de Hoge Raad het mogelijk acht dat de makelaar zich “zodanig gedraagt” dat de wederpartij wél vertegenwoordigingskwaliteit heeft mogen aannemen. Wanneer kan daarvan sprake zijn? Slechts in uitzonderlijke gevallen, lijkt me. Ik denk dan bijvoorbeeld aan de (niet-alledaagse) situatie waarin de makelaar aan een gegadigde te kennen geeft dat zijn opdrachtgever (de verkoper) langdurig in het buitenland verblijft en hem daarom heeft “gemachtigd”. Alsdan mag de gegadigde wellicht aannemen dat de makelaar (wel) als vertegenwoordiger handelt wanneer hij mededeelt dat een uitgebracht bod door de verkoper is aanvaard. Blijkt dan vervolgens dat de verkoper geen (toereikende) volmacht aan de makelaar heeft verleend, dan kan de teleurgestelde gegadigde de makelaar op grond van art. 3:70 BW tot schadevergoeding aanspreken.

Het onderhavige arrest lijkt op gespannen voet te staan met de door de Hoge Raad in zijn arrest van 9 augustus 2002, NJ 2002, 543 (*Van den Berg c.s./Balm*) gegeven beslissing. De feiten in dat arrest vertonen (grote) gelijkenis met de relevante feiten in het onderhavige arrest. De heer Van den Berg en mevrouw Tollenaar (een echtpaar dat in scheiding lag) hadden aan een makelaar een opdracht tot bemiddeling bij de verkoop van hun woning verstrekt. De gegadigde Balm heeft een bod van

f 475.000 uitgebracht. Met instemming van Van den Berg heeft de makelaar (telefonisch) aan Balm medegedeeld dat zijn bod door de verkopers was geaccepteerd. De verkopers hebben echter geweigerd om (verder) mee te werken. Zij achtten zich niet gebonden omdat Tollenaar nimmer van haar instemming had doen blijken. Hierop heeft Balm een rechtsvordering tot nakoming tegen het echtpaar ingesteld. Hij heeft zich beroepen op art. 3:61 lid 2 BW, dat bescherming biedt aan degene die op een (gerechtvaardigde) *schijn van volmacht* is afgegaan. Daartoe heeft Balm gesteld dat hij had aangenomen (en ook had mogen aannemen) dat de makelaar bij zijn mededeling aan Balm dat het echtpaar met diens bod akkoord ging, als vertegenwoordiger van het echtpaar had gehandeld *en* daarbij ook bevoegd tot vertegenwoordiging was geweest. In hoger beroep heeft het hof Balm in het gelijk gesteld. Naar het oordeel van het hof had Balm erop mogen vertrouwen dat de makelaar bevoegd was om namens beide verkopers aan hem mede te delen dat zijn bod was aanvaard. In cassatie heeft de Hoge Raad overwogen dat het hof met deze beslissing niet van een onjuiste rechtsopvatting blijkt heeft gegeven.

Valt de door de Hoge Raad in het onderhavige arrest gegeven beslissing te rijmen met zijn beslissing in het arrest *Van den Berg c.s./Balm*? Ik meen dat dit (toch) wel het geval is, aangezien de Hoge Raad is gebonden aan de inhoud van de cassatiemiddelen (vgl. art. 419 lid 1 Rv). Art. 3:61 lid 2 BW biedt een wederpartij eventueel bescherming tegen *onbevoegdheid* van de “vertegenwoordiger”. Bij het ontbreken van vertegenwoordigingskwaliteit kan de wederpartij zich echter niet op art. 3:61 lid 2 BW beroepen. Van den Berg en Tollenaar hebben in cassatie uitsluitend geklaagd over het (in hun ogen) ten onrechte toepassen van art. 3:61 lid 2 BW. Zij hebben *niet* gesteld (ook niet in eerste

aanleg en/of in appel) dat bij de makelaar vertegenwoordigingskwaliteit had ontbroken. Derhalve moest die kwaliteit in rechte als vaststaand worden aangenomen, nu Balm (als eiser) onweersproken had gesteld dat de makelaar bij het doen van de mededeling vertegenwoordigingskwaliteit had gehad. Zouden Van den Berg en Tollenaar (in cassatie) wel die kwaliteit van de makelaar ter discussie hebben gesteld, dan zou de Hoge Raad mogelijk al in 2002 de “baanbrekende” beslissing hebben gegeven die hij (thans) in het onderhavige arrest heeft gegeven.

Volledigheidshalve wijs ik er nog op dat art. 7:2 BW met ingang van 1 september 2003 voorschrijft dat de koop van een woning *schriftelijk* tot stand moet komen. Mondelinge overeenstemming is dus niet langer voldoende. Art. 7:2 BW geldt echter alleen bij de koop van een woning door een koper die als “consument” koopt, en daarvan was in de zaak *Wiggers/Makelaardij Sneek* geen sprake. Wiggers had immers niet als “consument”, maar als handelaar in onroerende zaken een bod uitgebracht. Art. 7:2 BW was dus (ook) buiten toepassing gebleven indien de feiten zich na 1 september 2003 zouden hebben voorgedaan.

Ik rond deze annotatie af met de conclusie dat het arrest *Wiggers/Makelaardij Sneek* mij voor de rechtspraktijk van groot belang lijkt. Het arrest leert dat een makelaar in onroerende zaken in de regel als een *bode* van zijn opdrachtgever (en dus niet als een vertegenwoordiger) moet worden beschouwd. Is een potentiële koper afgegaan op een (gunstige) mededeling van de makelaar maar acht diens opdrachtgever (de verkoper) zich vervolgens niet gebonden omdat de makelaar geen volmacht had, dan zal een door de koper tegen de verkoper *of* tegen diens makelaar in te stellen rechtsvordering in beginsel weinig kans van slagen hebben. Een vordering tegen de verkoper met een beroep op art. 3:61 lid 2 BW zal niet

lukken omdat deze bepaling geen bescherming tegen het ontbreken van vertegenwoordigingskwaliteit biedt. En een vordering tegen de makelaar op grond van art. 3:70 BW zal evenmin succesvol kunnen zijn omdat art. 3:70 BW bij het ontbreken van vertegenwoordigingskwaliteit buiten toepassing blijft. Potentiële kopers dienen zich derhalve te realiseren dat de koop pas echt “rond” is wanneer de verkoper zelf van zijn instemming heeft doen blijken (en, wanneer men als “consument” een woning koopt, zowel verkoper als koper de koopakte heeft ondertekend).

J. Dammingh, UHD Burgerlijk (proces)recht Radboud Universiteit Nijmegen

» Voetnoten

[1]

Ontleend aan rov. 2 van het tussenvonnis van de rechtbank Leeuwarden d.d. 20 oktober 2004.

[2]

In de memorie van antwoord wordt opgemerkt dat het pand het kantoorpand van de firma “Drukkerij Weissenbach” in Sneek betrof.

[3]

Zie in dit verband: Asser/Hartkamp, 4-II, 2005, nr. 119; Asser/Kortmann, 2-I, 2004, nrs. 20 en 21; A.C. van Schaick, Volmacht, Mon. NBW, 1999, nr. B-5, nr. 15; M.A.B. Chao-Duivis, De dwaling bij de totstandkoming van de overeenkomst, 1996, serie recht en praktijk nr. 91, blz. 172; H.C.F. Schoordijk, Vermogensrecht in het algemeen naar boek 3 van het nieuwe B.W. (Titel 1 t/m 5, Titel 11), 1986, blz. 114/115; Hoffmann-Abas, I, 1977, blz. 45, noot 3; E.M. Meijers, WPNR (1921) 2678, blz. 176 en 177.

[4]

Dat is het latere artikel 3:70 BW.

[5]

Met het criterium wordt bedoeld, dat een bode een verklaring van zijn opdrachtgever aflegt en een vertegenwoordiger een eigen verklaring geeft die het recht voor de principaal verbindend acht.

[6]

Zie: Parl. Gesch. Boek 3, blz. 283 e.v., A.H.L. Ernes, Onbevoegde vertegenwoordiging, diss. Open Universiteit Nederland 2000, blz. 180 e.v. en dezelfde auteur, De positie van de tussenpersoon jegens een derde: instaan voor bestaan en omvang van een volmacht, Ned. Tijdschrift voor Handelsrecht, 2005, blz. 73 en 74; Asser/Kortmann, 2-I, 2004, nr. 92-93a.

[7]

Zie Asser/Kortmann, 2-I, 2004, nr. 20.

[8]

Zie in dit verband Parl. Gesch. boek 3 NBW, blz. 262: “Met de vermelding van het in ontvangst nemen van verklaringen naast het verrichten van rechtshandelingen wordt niet beoogd het standpunt in te nemen dat de inontvangstneming nimmer een rechtshandeling kan zijn. Er zijn echter gevallen, waarin men kan betwijfelen of de inontvangstname van een verklaring het verrichten van een rechtshandeling kan worden genoemd. Het ontwerp beoogde deze kwestie hier uitdrukkelijk in het midden te laten. Het wilde slechts buiten twijfel stellen dat de bepalingen van het ontwerp omtrent volmacht, waaronder b.v. die omtrent het einde van een volmacht, mede gelden voor het geval dat door degene tot wie derden eventueel een verklaring richten, een andere persoon voor

de enkele, passieve in ontvangstneming daarvan wordt aangewezen.”

[\[9\]](#)

Zie: HR 9 augustus 2002, NJ 2002, 543, rov. 3.8 en de daaraan voorafgaande conclusie van A-G Bakels, sub 2.1.

[\[10\]](#)

Het in casu voor de bemiddelingsovereenkomst gebruikte model van de Nederlandse Vereniging van Makelaars bevatte een bepaling met een volmacht voor het sluiten van een koopovereenkomst, maar die bepaling is doorgehaald. Zie het tussenvonnis d.d. 20 oktober 2004, rov. 2.2.

[\[11\]](#)

Zie J.J. Dammingh, Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken, diss. KUN 2002, blz. 71 e.v. en 157 e.v. Op blz. 159 merkt hij op: “Het is kortom niet uitgesloten dat de makelaar in naam van zijn opdrachtgever een koopovereenkomst sluit. (...) Zo kan hij (in het kader van de onderhandelingen) voor zijn opdrachtgever eventueel een aanbod doen, of een door de wederpartij uitgebracht aanbod aanvaarden. Zowel het doen van een aanbod als de aanvaarding daarvan is een rechtshandeling. Dit betekent dat de makelaar die namens zijn opdrachtgever een aanbod doet of een aanbod van de wederpartij aanvaardt, daarvoor een volmacht nodig heeft.” Zie ook de bijdrage ‘Onbevoegde vertegenwoordiging door de makelaar’ van J.J. Dammingh in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, Serie Onderneming en Recht, deel 25, 2003, blz. 335.

[\[12\]](#)

Zie Asser/Kortmann, 2-I, 2004, nr. 75.

[\[13\]](#)

Zie HR 31 januari 1997, NJ 1998, 704, m.nt. CJHB, JOR 1997, 47, m.nt. S.C.J. Kortmann; J.J. Dammingh, Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken, diss. KUN 2002, blz. 182-83 en diens bijdrage ‘Onbevoegde vertegenwoordiging door de makelaar’ in: Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, C.J.M. Klaassen e.a. (red.), Serie Onderneming en Recht, deel 25, 2003, blz. 343-345; Asser/Kortmann, 2-I, 2004, nr. 99.